

Beschlußfassung der Veräußerung vorangehe. Immerhin ist weder vom Standpunkt des Erwerbers, noch von demjenigen der beim Konkurse selbst interessierten Personen aus abzusehen, weshalb nicht die für die Gültigkeit eines freihändigen Verkaufes erforderliche Zustimmung der Gläubiger nicht auch nachträglich sollte erteilt werden können. Der Grundsatz der Souveränität der Gläubigerversammlung, der auf diesem Gebiete des Konkursverfahrens in so weitgehendem Maße im Gesetze anerkannt ist (vergl. außer den citierten Art. 238 und 256 die Art. 253 und 255 des Betreibungsgesetzes, sowie ferner die Anmerkung 2 zu Art. 253 im Kommentar von Weber und Brüslein), würde durch die Verneinung der Frage in unnötiger Weise durchbrochen. Auch darf doch die Voreiligkeit des Konkursverwalters im Abschlusse eines freihändigen Kaufvertrages nicht in der Weise zum Nachteil der Gläubiger ausschlagen, daß diese nun nicht den Kauf, wenn er für sie günstig erscheint, genehmigen und damit den Mangel heben könnten, der vom konkursrechtlichen Standpunkte aus dem Vertrage anhaftete. Somit ist auch materiell die angefochtene Verfügung vom 28. November 1896 nicht gesetzwidrig; im Gegenteile bezweckte sie gerade, ein gesetzliches Erfordernis für die Gültigkeit des freihändigen Verkaufes nachträglich zu erfüllen, und es muß deshalb der gegen jene Verfügung gerichtete Rekurs auch in dieser Richtung als unbegründet abgewiesen werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

55. Arrêt du 16 janvier 1897, dans la cause Menoud.

I. — Le 28 décembre 1896, l'avocat Girod, à Fribourg, a remis au président de la Commission cantonale de surveillance le billet suivant: « Au nom de M. Menoud F.-X., à Fribourg, j'ai l'honneur de venir vous demander l'annulation du commandement de payer n°... pour arriver au paiement de 10 000 francs par le motif que le billet de change n'ayant

pas été prorogé comme le veut l'art. 803, il n'y avait pas lieu à poursuite pour effet de change.

Au pied de ce document se trouve la mention: « Reçu le vingt-huit décembre, à 5 h. 58 du soir, sur la voie publique, » et la signature du président.

II. — Dans un recours non daté, Girod a confirmé sa déclaration du 28 décembre. « Je prends la liberté, écrit-il au président, de vous adresser le commandement de payer que vous m'avez demandé, notifié par MM. Heim et Heller à Nuremberg, sous le n° 14 080 et pour arriver au paiement d'une somme de 10 141 francs selon soi-disant billet de change du 15 mars 1894. » Le recourant soutient qu'un billet de change, pour être valable, doit contenir l'indication de l'époque du paiement ou, s'il a été prorogé, celle de la prorogation (art. 825, 4°; 722, 4° CO. — Voir Schneider & Fick, *Commentaire*, ad art. 803); que, dans le cas particulier, le billet a été prorogé sans que la prorogation y ait été mentionnée; que le dit billet est ainsi devenu une créance ordinaire et que c'est à tort que le préposé a suivi le mode de poursuite prévu pour effets de change.

Le secrétaire de la Commission de surveillance a noté au bas de ce recours: « Timbre postal de Fribourg, 28 déc. 1896, 10 h. du soir. — Reçu le 29 dit, à 2 h. du soir. » — Une enveloppe qui se trouve au dossier porte l'adresse du président de la Commission de surveillance et le timbre postal: Fribourg, 28. XII. 96. — 10.

Dans son rapport à la Commission de surveillance, le préposé a déclaré que la lettre de change qui lui avait été présentée remplissait les conditions de forme exigées par la loi.

III. — L'autorité cantonale de surveillance écarta le recours pour cause de tardivité en considérant que le commandement de payer avait été notifié le 22 décembre; que le dernier jour utile était donc le 27 (art. 20 LP.); mais que, le 27 étant un dimanche, le délai expirait seulement le lundi, 28 décembre, à 6 heures du soir (art. 31 LP., al. 3 et 4); que toutefois, en fait, la remise à la poste (art. 32 LP.) n'avait eu lieu qu'à 10 heures du soir.

IV. — L'avocat Girod, au nom de François-Xavier Menoud

et de Paul Menoud, a demandé en temps utile au Tribunal fédéral d'annuler ce prononcé. « Il résulte, dit-il, de la décision attaquée que c'est bien le 28 que nous avons nanti la Commission de surveillance de la plainte. » Quant au fond, le recourant développe les moyens dont il s'est déjà prévalu devant l'autorité cantonale. Il ajoute que ses clients Burgy et Menoud ont présenté ces mêmes moyens devant le juge, par voie d'opposition, et que le juge a remis sa décision au 16 janvier.

Dans sa réponse, la Commission de surveillance confirme son prononcé. Elle ajoute qu'elle n'a tenu aucun compte du billet remis à son président à 5 h. 58 du soir, dans la rue, sans adresse, sans indication du numéro de la poursuite, ni du nom des créanciers et sans aucune pièce justificative, en particulier sans le commandement de payer dont l'annulation était demandée. La Commission déclare que d'ailleurs elle aurait, quant au fond, écarté le recours comme mal fondé.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Il y a lieu de confirmer, dans ses considérants et dans son dispositif, la décision par laquelle l'autorité cantonale de surveillance a déclaré tardif le recours non daté, remis à la poste le 28 décembre 1896, à 10 heures du soir (art. 20, 31, al. 3 et 4, et 32 LP.).

Quant au billet remis par l'avocat des recourants, sur la voie publique, au président de la commission de surveillance. deux minutes avant l'échéance du délai, il ne saurait valoir comme recours. Il ne déterminait, en effet, pas d'une manière suffisante la poursuite dont l'annulation est requise et n'était d'ailleurs accompagné d'aucun document complémentaire.

2. — Au demeurant, si même l'autorité cantonale n'eût pas déclaré le recours tardif, elle aurait dû refuser d'entrer en matière pour cause d'incompétence.

Le moyen que font valoir les recourants n'est, en effet, pas parmi ceux qui ressortent à l'appréciation des autorités de poursuite.

L'art. 178 LP. dispose : « Après avoir constaté l'existence des conditions ci-dessus, l'office notifie immédiatement le commandement de payer. » Or il résulte de l'art. 177 que les

conditions auxquelles le créancier peut requérir la poursuite pour effets de change sont au nombre de deux. Il faut : 1° que le créancier agisse en vertu d'un effet de change ou d'un chèque; 2° que le débiteur soit sujet à la poursuite par voie de faillite. L'office ne peut refuser d'ouvrir la poursuite pour effet de change que si l'une de ces conditions fait défaut. Mais si, une fois le commandement de payer pour effet de change notifié, le débiteur soulève une exception tirée du change, c'est au juge à statuer sur sa recevabilité (art. 182, 3° LP.). Le juge étant compétent, l'autorité de surveillance ne saurait l'être également (art. 178, 3°). Quant à l'exception fondée sur la violation de règles essentielles de procédure, elle était aussi, dans le projet issu du premier débat de l'Assemblée fédérale, au nombre des moyens d'opposition soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire; cette dernière se trouvait ainsi seule appelée à statuer sur les exceptions en matière de poursuite pour effets de change. Toutefois, dans le texte définitif de la loi, l'exception tirée de la violation des règles essentielles de la procédure ne se trouve plus parmi les moyens d'opposition énumérés à l'art. 182 et soumis à l'appréciation du juge. Si le débiteur estime qu'il est contrevenu aux dispositions de la loi sur la poursuite, c'est au contraire à l'autorité de surveillance qu'il doit porter plainte.

Dans l'espèce, les recourants n'ont pas établi que l'une ou l'autre des conditions prévues à l'art. 177 LP. ne fût pas réalisée. Ils n'ont pas nié leur inscription au registre du commerce, ni démontré que l'une des énonciations essentielles énumérées à l'art. 722 CO. fit défaut à l'effet présenté par les créanciers poursuivants.

L'exception soulevée par les recourants est fondée uniquement sur le raisonnement suivant : La date d'échéance indiquée dans le billet de change en question a été prorogée par entente entre les parties. En fait, l'échéance primitive a donc été annulée. Mais, cette annulation n'ayant pas été mentionnée dans le billet, celui-ci cesse de remplir les conditions essentielles à un effet de change. Il ne vaut plus que comme simple reconnaissance et ne saurait par conséquent

plus servir de base à la poursuite rapide des art. 177 à 189 de la loi sur la poursuite.

Ce moyen n'est pas purement de forme. Il n'est pas tiré de la violation d'une règle de simple procédure. Au contraire, il soulève une question de fond, qui ressort au juge, et il ne peut, en conséquence, être présenté que par voie d'opposition. Aussi bien les recourants déclarent-ils s'être déjà engagés dans cette voie et avoir fait valoir devant le juge les mêmes arguments que ceux de leur plainte.

Par ces motifs,

la Chambre des poursuites et des faillites
prononce :

Le recours est écarté.

56. Entscheid vom 2. Februar 1897 in Sachen Frehner.

I. Jakob Frehner in Herisau erließ am 6. November 1896 an Dr. Schmidt in St. Gallen einen Zahlungsbefehl für 3936 Fr. 75 Cts.

II. In einem Schreiben vom gleichen Tage an das Betreibungsamt St. Gallen erwiderte Schmidt:

„Auf den heute erhaltenen Zahlungsbefehl im Betrage von 3926 Fr. 75 Cts., Gläubiger Frehner, Gärtner, Herisau, schlage ich Recht vor.

„Ich anerkenne ca. 1500 Fr. und bestreite die Richtigkeit der Differenz von ca. 2400 Fr.“

Das Betreibungsamt übermittelte am 10. November dem Vertreter des Gläubigers das Doppel des Zahlungsbefehls. Darin ist unter „Rechtsvorschlag“ folgende Notiz angebracht: „Ich anerkenne ca. 1500 Fr. und bestreite die Richtigkeit der Differenz von ca. 2400 Fr. sig. Dr. Schmidt.“

III. Unter Berufung auf Art. 74, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes verlangte Frehner von der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde die Aufhebung des Rechtsvorschlages. Die angerufene Behörde erklärte den Rekurs begründet.

IV. Schmidt verlangte von der kantonalen Aufsichtsbehörde Aufhebung dieser Verfügung und wurde dabei geschützt. Dem Entscheid der obern kantonalen Instanz sind folgende Erwägungen zu entnehmen: Es sei auf den Wortlaut der vom Schuldner eingeleiteten Rechtsvorschlagsklärung, nicht aber auf eine für den Gläubiger bestimmte und von diesem Wortlaute abweichende Kopieaufnahme des Betreibungsamtes abzustellen. In der Erklärung des Schuldners sei nun der bestimmte Wille zum Ausdruck gelangt, Recht vorzuschlagen, wie es denn auch dort heiße: „Ich schlage Recht vor.“ Dieser Wille sei nicht aufgehoben durch den Satz: „Ich anerkenne circa 1200 Fr. und bestreite die Richtigkeit der Differenz von circa 2700 Fr.“ Mit dieser Erklärung, welche nach dem ganzen Zusammenhang als Motivierung des Schlusssatzes erscheine, nach Art. 75 des Betreibungsgesetzes aber für den Schuldner nicht verbindlich sei, stelle letzterer allerdings nicht grundsätzlich jede Schuldpflicht in Abrede; er lasse vermuten, er sei dem Gläubiger etwas schuldig, allein er befinde sich in der Unmöglichkeit, zu beurteilen, wie viel er schulde. Auf Grund dieser Unmöglichkeit wolle der Betriebene die genaue Fixierung dieses Betrages weiterer Unterhandlung der Parteien beziehungsweise dem Richterspruche vorbehalten. Darnach müsse der Rechtsvorschlag im Sinne des Art. 74 des Betreibungsgesetzes als gültig betrachtet werden. Im Zweifel sei ein Rechtsvorschlag als erfolgt anzusehen (Archiv II, 126; III, 93).

V. Dieser Entscheid wurde von Frehner an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer weitergezogen. Das Begehren des Rekurrenten geht auf Ungültigkeitserklärung des Rechtsvorschlages; Selbstverständlich sei kein anderer als der vom Betriebenen dem Amte zugestellte Rechtsvorschlag maßgebend. In demselben werde zuerst der Rechtsvorschlag angemeldet, dann aber dem Willen des Schuldners, in welchem Umfange er das Recht vorschlagen wolle, klar und deutlich Ausdruck gegeben. Mit Unrecht werde in der angefochtenen Entscheidung behauptet, Schmidt sei nicht in der Lage gewesen, bestimmt zu erklären, welchen Betrag er schulde. Die angeführten Entscheidungen des Bundesrates passen nicht auf den vorliegenden Fall. Es wäre Sache des Schuldners gewesen, den bestrittenen Betrag genau anzugeben, widrigenfalls nach Art. 74, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes der